

LA AUTONOMÍA DEL MENOR: SU CAPACIDAD PARA OTORGAR EL DOCUMENTO DE INSTRUCCIONES PREVIAS

*José Ignacio Rodríguez González.
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil. Universidad de Alcalá.*

1. Introducción

Una de las importantes novedades que en los últimos tiempos se ha producido en el ámbito jurídico-sanitario ha sido, sin duda, la regulación normativa del llamado testamento vital, como consecuencia directa del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 4 de abril de 1997 –ratificado por Instrumento de 23 de julio de 1999–, o Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, conocido como Convenio de Oviedo, celebrado en el ámbito del Consejo de Europa.

En nuestro país nos encontramos con una pluralidad legislativa derivada de la distribución de competencias entre el Estado y la Comunidades Autónomas que prevé la Constitución, y la atribución de la materia sanitaria a estas últimas, si bien, claro está, con la reserva que hace el artículo 149.1.1ª CE, que confiere competencia exclusiva al Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles y, el artículo 149.1.16ª CE que confiere esa competencia exclusiva sobre las bases y coordinación general de la sanidad. En aplicación de esta distribución competencial, las distintas Comunidades Autónomas han ido promulgando no sólo su propia Ley de Sanidad, sino, en el ámbito que aquí tratamos, distintas leyes reguladoras de la autonomía del paciente, voluntades anticipadas y documentación médica. Por su parte el Estado ya promulgó la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que, entre otras previsiones ordena la materia del testamento vital, ahora llamado “documento de instrucciones previas”. Sobre este extremo, sólo nos resta decir que la Ley básica se remite a la legislación autonómica para los aspectos formales del documento, si bien, prevé un Registro Nacional en el ámbito del Ministerio de Sanidad y Consumo, a fin de asegurar su efectividad en todo el territorio nacional (art. 11.5).

Las distintas leyes definen el documento de voluntades anticipadas o de instrucciones previas de manera unívoca, por lo que, siguiendo el art. 11.1 de la Ley básica, “Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo”.

De todos los interrogantes que plantea esta norma y su desarrollo nos vamos a referir a un extremo muy concreto que nos parece de dudosa legalidad y, desde luego, ya adelantando nuestra posición final, de resultados contraproducentes e inaceptables. Nos referimos a la exigencia de la mayoría de edad que exige para otorgar el documento de instrucciones previas.

II. OBJETIVOS

Pretendemos verificar si la exigencia de la mayoría de edad para poder otorgar válidamente el documento de instrucciones previas es o no conforme con la naturaleza y finalidad del mismo. En primer lugar, porque, como se verá, el menor de edad tiene reconocido en el ámbito civil un amplio margen de autonomía que se hace depender no tanto del dato cronológico de la edad, como de sus condiciones de desarrollo de sus aptitudes volitivas y cognoscitivas, esto es, de su madurez. En segundo lugar, existe una tendencia tanto legislativa como doctrinal de ampliar aquella autonomía, no solo otorgando mayores ámbitos de actuación exclusiva, con sustracción de la intervención del representantes legales del menor, sino a través de una interpretación legal *pro minoris*, en cuya virtud, las normas que reduzcan su ámbito de capacidad serán interpretadas restrictivamente y, *a sensu contrario*, las que reconozcan posibilidades de actuación concreta del menor, sean colegidas en sentido amplio. En tercer lugar, en el aspecto bio-sanitario, existe un claro reconocimiento de su aptitud de ejercicio de sus propios derechos personales, siempre, insistimos, según su grado de madurez, lo que se concreta en la titularidad *iure proprio* del consentimiento informado y, en cuarto y último lugar, la proyección de este estado de cosas al contenido del documento de

instrucciones previas nos debe dar una respuesta sobre la adecuación o no de la exigencia de la mayor edad para el otorgamiento de las mismas.

III. LA AUTONOMÍA DEL MENOR Y LA MAYOR EDAD COMO REQUISITO DE CAPACIDAD

El sujeto activo de las instrucciones previas es el otorgante del documento. El artículo 11 de la Ley estatal 41/2002, como vimos, señala que debe ser una persona mayor de edad, capaz y libre. Coincide así, con las legislaciones autonómicas sobre la materia¹, excepción hecha de la Ley Foral del Parlamento de Navarra, 11/2002, de 6 de mayo, de Derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica y, de la Ley de las Cortes Valencianas, 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente, que confieren, ambas, capacidad a algunos menores, en las condiciones que prevén.

La mayoría de edad empieza a los dieciocho años cumplidos, dice el artículo 315 Cc, en consonancia con el artículo 12 CE. En efecto, con la mayoría de edad, la persona alcanza la plena capacidad de obrar, que se suma, pues, a la capacidad jurídica de la que era titular desde el nacimiento (arts. 29 y 30 Cc), por lo que, a la aptitud de tenencia y goce de derechos y la titularidad de obligaciones, se añade la capacidad de ejercicio de los mismos. En este sentido, afirma el artículo 322 Cc que “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en los casos especiales por este Código”.

La exigencia de la mayor edad para otorgar el documento de instrucciones previas significa una excepción, o si se quiere, la negación de la autonomía del menor en ese específico ámbito. Sin embargo, ninguna de las legislaciones que adoptan esta

¹ Ley del Parlamento de Cataluña 21/2000, de 29 de diciembre, sobre derechos de información concerniente a la salud, a la autonomía del paciente y a la documentación clínica; Ley del Parlamento de Galicia 3/2001, de 28 de mayo, de regulación del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes; Ley de Extremadura 10/2001, de 28 de junio, de Salud; Ley de la Asamblea de Madrid 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación de la Sanidad; Ley de las Cortes de Aragón 6/2002, de 15 de abril, de Salud; Ley del Parlamento de la Rioja 2/2002, de 17 de abril, de Salud; Ley del Parlamento de Cantabria, 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria y, la Ley del Parlamento Vasco, 7/2002, de 12 de diciembre, de voluntades anticipadas en el ámbito de la Sanidad.

exigencia explican, en sus exposiciones de motivos, el por qué de la misma, sobre todo porque contrasta con la capacidad que se exige para prestar el consentimiento informado, respecto de las que todas ellas permite prestarlo a los menores, también, en las condiciones que prevén.

¿Está justificado este requisito? Para dar una respuesta, debemos aludir, con carácter previo a la autonomía del menor en las distintas esferas en la que esta está reconocida, que siguiendo una exposición esquemática, podemos atender a los siguientes: ámbito patrimonial, ámbito personal y ámbito sanitario.

1. La autonomía del menor en el ámbito patrimonial

En primer lugar, respecto de los bienes patrimoniales es sabido que los menores de edad adquieren una capacidad de obrar restringida a través del instituto de la emancipación: “La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo ...” (art. 325 Cc). La emancipación, por lo tanto, confiere capacidad de obrar a los menores en el ámbito patrimonial. Grado éste de la capacidad que se puede adquirir ampliamente a los 16 años y más excepcionalmente a los 14, por matrimonio (*ex arts. 314 Cc y ss*). Pues bien, una cuestión importante es la relativa a la **extinción de la patria potestad o de la tutela** sobre el menor cuando se le reconoce el status de emancipado o, en su caso, el beneficio de la mayor edad (art. 169 y 276 Cc, respectivamente). Es importante, porque el menor deja de estar sometido a representación legal, consiguiendo así ser un **sujeto activo** del tráfico jurídico por sí mismo, advirtiendo que el instituto de la curatela a través del cual complementa la capacidad que necesita el menor emancipado para la plena validez de los actos que le veda el artículo 325 Cc, no es un tipo de representación legal, porque ésta ya estaba extinguida.

Pero además, fuera de la emancipación, tienen reconocido otras actuaciones jurídicas que suponen un cierto grado de autonomía. Así, pueden por sí solos comparecer en juicio (art. 315 Cc), disponer de sus bienes y derechos por testamento (art. 663 Cc), los menores en general pueden declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente

(art. 361 LEC), etc. Creemos, con todo ello, que los menores tienen un amplio espectro de actuación y, sobre todo, a partir de los 16 años, la Ley les confiere la posibilidad de actuar como si fueran mayores a través de la emancipación o del beneficio de la mayor edad.

2. Autonomía del menor en el ámbito personal

En segundo lugar, respecto del ejercicio de los bienes de la personalidad, **el artículo 162 Cc los excluye de la representación legal que ostentan los padres respecto de los hijos no emancipados.** Esto es, aun cuando los menores no estén emancipados y, por tanto, carecen de capacidad de obrar, pueden ejercer por sí mismos sus propios derechos de la personalidad, conforme a sus condiciones de madurez, que, como afirma la STS de 28 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7915), son actos exceptuados de la representación paterna.

En este sentido, son conformes todas las normas jurídicas que se refieren a los bienes personales de los menores, empezando por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990), que proclama derechos cuyo ejercicio atribuye al propio menor: libertad de expresión, incluyendo la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo (art. 13), libertad de pensamiento, de conciencia y religión (art. 14), libertad de asociación y a celebrar reuniones pacíficas (art. 15), derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, honra y reputación (art. 16), entre otros. En el mismo sentido, se manifiesta la Resolución A 3-0172/92 del Parlamento Europeo a través de la cual aprueba la Carta Europea de los Derechos del Niño. Principios éstos que tienen su amplio reconocimiento en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que parte del principio de que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva (art. 2), y desarrolla buena parte de los derechos de la personalidad de los mismos: Derecho al honor, intimidad y propia imagen (en consonancia con la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil de los mismos), información, libertad ideológica, derecho de participación, asociación y

reunión, libertad de expresión, pudiendo los menores recabar la asistencia adecuada de las Administraciones públicas para el efectivo ejercicio de estos derechos y que se garantice su respeto (art. 10). La propia Exposición de Motivos de esta Ley, da cuenta de la creciente atribución de capacidad de ejercicio de derechos por los menores², y afirma que, “El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad para modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección de la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro”.

También la doctrina se ha ocupado de resaltar la capacidad de obrar de los menores respecto de los derechos que conforman su personalidad³. El ejercicio de estos bienes son consustanciales con la naturaleza de la persona, lo que sitúa su ejercicio en el plano de normalidad, por lo que, desde un punto de vista jurídico, es la lesión la que provoca la reacción del Derecho. En este sentido, si mientras que para el ejercicio de los bienes patrimoniales la ley se ocupa ampliamente de regular su ejercicio, para los bienes de que tratamos, ésta se ocupa fundamentalmente de los aspectos defensivos⁴. Por lo tanto, los menores, según su grado de madurez, no solo son titulares de sus propios derechos de la personalidad, sino que, también, tienen capacidad de ejercicio de los mismos, con exclusión de sus representantes legales.

Pero todavía existe un ámbito más extenso respecto de la autonomía del menor. Nos referimos al derecho de ser oídos en los asuntos que les afecten. El derecho a

² Señala que “Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia”. Este enfoque consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercitarlos”.

³ Vid. DIEZ PICAZO y GULLÓN, Sistema de Derecho civil, vol. I, págs. 339 y ss., 10ª ed., Madrid, 2001, PÉREZ DE CASTRO, N., El menor emancipado, págs. 93 y ss., Madrid, 1988.

⁴ Vid. ANGEL YAQÜEZ, R., “La protección de la personalidad en el Derecho privado”, págs. 78, 79 y concordantes, RDN, t. 83, enero-marzo, 1974 y, RODRÍGUEZ PALENCIA, A. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I., “La renuncia a los bienes de la personalidad”, RGLJ, págs. 85 y ss., 2002-1.

participar y ser oídos está garantizado al máximo nivel. Así el artículo 12.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño señala que, “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. En igual sentido, el artículo 9 de la LO de Protección Jurídica del Menor, que además añade, en su número 2, que, “Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio”. Por lo tanto, su ejercicio es personalísimo y, solo excepcionalmente podrá conocerse su opinión a través de sus representantes. También el Código civil proclama este principio en su artículo 154 Cc: “Si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que le afecten”.

En suma, creemos que la autonomía del menor en el ámbito de los bienes de la personalidad, como indica acertadamente SANCHEZ-CARO, no es tanto un problema de edad sino de madurez⁵. Por ello, creemos que existe un amplio reconocimiento legal de la autonomía del menor que irá acrecentándose a medida que va adquiriendo la madurez necesaria para querer y entender. Y, desde luego, respecto de los menores mayores, 16 y 17 años, no cabe duda que exista la presunción sobre su madurez, a través del instituto de la emancipación que, en suma, constituye un sencillo expediente ante el encargado del Registro civil, y que le confiere capacidad de obrar. O, si se quiere, se suma a la capacidad de ejercicio sobre los aspectos personales que ya ostentaba el menor por mor del artículo 162 Cc, la capacidad de ejercicio sobre los derechos de carácter patrimonial.

3. Autonomía del menor en el ámbito bio-sanitario: el consentimiento informado

El Convenio de Oviedo, por su propio carácter, se remite a la ley nacional para determinar cuándo el menor puede otorgar consentimiento. No obstante, señala en su artículo 6, 2, segundo párrafo que, “La opinión del menor será tomada en consideración

⁵ Ob. cit. pág. (342) 150.

como un factor que será más determinante en función de su edad y su grado de madurez”. Por eso, señala SANCHEZ-CARO⁶ que “En consecuencia, según este criterio, en algunas ocasiones el consentimiento del menor debe ser necesario o suficiente”.

En el desarrollo del Convenio en nuestro país y, comenzando por la Ley estatal, el artículo 8 sienta el principio del respeto de la autonomía del paciente a través del consentimiento informado. El concepto legal del mismo lo encontramos en el artículo 3, que lo define como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”. Por lo tanto, según se deduce del texto, **el paciente es la persona que es destinataria de la “información” previa a la prestación del consentimiento** (artículo 5) **y es, igualmente, el sujeto activo del consentimiento** (artículo 8). Esto es, el titular de ambos derechos es siempre el paciente, sujeto que sufrirá el tratamiento terapéutico u procedimiento invasivo, por eso, solo ante la imposibilidad o incapacidad la Ley prevé que el mencionado consentimiento se de por representación⁷.

Uno de esos supuestos es el de minoría de edad del paciente. Al respecto la Ley señala que se otorgará el consentimiento por representación, “Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán

⁶ Ibidem.

⁷ En particular la Ley señala los siguientes: cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de la situación, cuando está incapacitado legalmente y respecto de los menores de edad.

La legislación autonómica sigue los mismos parámetros de reconocimiento de la autonomía de los menores respecto de los derechos de información y consentimiento en el ámbito sanitario que la legislación estatal, si bien, con alguna deficiencia técnica, como ocurre con la Ley de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana, Ley 1/2003 que obligará, sin duda, a un esfuerzo interpretativo y, que ya ha sido objeto de crítica por la doctrina (Vid. DOLZ LAGO, M.-J., “¿Inconstitucionalidad de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana en relación con los menores de edad?, La Ley, nº 5.744, pág. 3, de 21 de marzo de 2003).

informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la de la decisión correspondiente” (art. 9.3. c).

El primer aserto de la norma no aporta, en realidad, ninguna excepción respecto del caso de pacientes mayores de edad, dado que en la letra anterior del artículo también prevé el consentimiento por representación de los mayores de edad cuando no sean capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Respecto del segundo aserto, distingue varias clases de menores:

- Menores incapaces. Comprende aquellos menores que no tienen desarrolladas, por su corta edad, las cualidades cognoscitivas y volitivas suficientemente, por lo que carecen de autonomía personal.
- Menores incapacitados. El supuesto está previsto en el artículo 201 Cc, respecto de los menores en quienes concurran en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad. Tampoco los mayores de edad incapacitados pueden prestar el consentimiento informado.
- Menores emancipados o con dieciséis años cumplidos. Esta clase de menores coincide con los denominados menores maduros o menores mayores. Respecto de ellos, la norma es terminante: **no cabe prestar el consentimiento por representación**. Son, por tanto, estos menores los únicos legitimados para prestar el consentimiento informado⁸.

El precepto prevé el supuesto de “actuación de grave riesgo”, según el criterio del facultativo. En ese caso, “los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”. Esta previsión es confusa y contradictoria con la autonomía del menor maduro en el ámbito sanitario que postula la Ley. Nos plantea las siguientes cuestiones:

1ª Es obvio que la norma no pretende una afirmación en sí misma. Esto es, no quiere decir que la opinión de los padres será seguida necesariamente en la decisión final, sino sólo tenida en cuenta, en condicional.

⁸ Vid. CERVILLA GARZÓN, Mª D., “Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, Actualidad Civil, nº 12, del 17 al 23 de marzo, pág. 320, 2003.

2ª La norma se refiere al supuesto ordinario de hijo de familia. Pero no es el único supuesto que puede darse. Así, en caso de que el menor emancipado lo sea por matrimonio (art. 316 Cc), se plantea el caso de quién será el consultado, los padres o el cónyuge. Nosotros nos decantamos por optar por el cónyuge si fuera éste fuera mayor de edad. La razón es que la curatela es ejercitada por éste y no por los padres. Es lógico que sea así, dado que el menor, con el matrimonio, se desgaja del núcleo familiar para constituir otro, creando una proximidad parental que sustituye las relaciones filiales. No, en cambio, si el cónyuge del menor es también menor, porque en ese supuesto, la curatela se ejerce por los padres. En el caso de que se trate de un menor que ostenta el beneficio de la mayor de edad, por haber estado sometido a tutela, en vez de a la patria potestad, la opinión debe recabarse de su curador, que según el artículo 292 Cc, será quien hubiese sido su tutor, a menos que el Juez disponga otra cosa. La legislación autonómica se ha ocupado de expresar distintos supuestos en este extremo. Así, la Ley Foral 11/2002, de la Comunidad Navarra, señala como sujetos que deben otorgar el consentimiento por sustitución, las personas a él vinculadas por razones familiares o de hecho, dándose preferencia al cónyuge o persona vinculada al enfermo por análoga relación de afectividad, y, en su defecto, a los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado a los de mayor edad (art. 8).

3ª El precepto es confuso, porque parece que pudiera existir la posibilidad de que la decisión final fuera contraria al consentimiento del menor, si oídos los padres, el médico optara por otra distinta. Esto es, es el facultativo quien decide el tratamiento que aplicará al menor, bien con el consentimiento informado del mismo y oído a los padres –su opinión será tenida en cuenta-, bien aun en contra de su consentimiento, también, oído a los padres.

Todo lo cual plantea serios interrogantes:

¿Puede el facultativo optar por el tratamiento en contra del consentimiento del menor y de la opinión de los padres? Creemos que no, existiría una manifiesta violación de la autonomía del paciente, que se convertiría en autonomía del médico, lo cual choca con las previsiones legales. Tendría únicamente la posibilidad de recabar la autorización judicial para aplicar el tratamiento. El caso ha sido objeto de varias resoluciones judiciales, incluso del Tribunal Constitucional. Podemos citar la STC 154/2002, de 18 de julio, caso de un menor, de 13 años, testigo de Jehová, a quien se intenta trasfundir sangre contra su voluntad y contra la opinión de los padres. El

Tribunal Supremo condenó a los padres por homicidio imprudente al no convencer a su hijo para que aceptara la transfusión y ser, en este extremo, garantes del mismo, por lo que debieron adoptar una conducta que hubiera permitido la transfusión de sangre. El Tribunal Constitucional, sin embargo, admitió el amparo constitucional al entender que estaban ejerciendo su derecho fundamental a la libertad religiosa y, en consecuencia, no les era exigible otra conducta. Esta sentencia ha sido objeto de atención por la doctrina⁹, resaltando que si bien el Tribunal Constitucional no entró a valorar la autonomía del menor en el ámbito sanitario, por no constar –dice la sentencia– que tuviera suficiente madurez, a *sensu contrario*, señala DOLZ¹⁰, “hay que interpretar que el máximo interprete de la Constitución reconoce que de existir esa madurez en el menor, el mismo no queda representado por los titulares de la patria potestad para otorgar su consentimiento de eficacia en el ámbito sanitario sino que lo presta por sí solo”, por lo que concluye afirmando el reconocimiento del derecho de autodeterminación del menor en estas materias “*siempre que tuviere suficiente madurez personal*”.

¿Puede el facultativo optar por el tratamiento consentido por el menor en contra de la opinión de los padres? Creemos que perfectamente, cumpliéndose así el contenido propio de los deseos del titular y respetándose su autonomía personal. Es este caso, a los padres les quedaría la posibilidad de acudir al Juez a fin de que la decisión final fuera distinta, aun en contra de la opinión del médico y del paciente.

¿Puede el facultativo optar por el tratamiento que creyera más beneficioso para el paciente aún sin el consentimiento de éste, pero con el respaldo de la opinión de los padres? Este sería el caso que, creemos, más específico de la norma. Significaría que el principio de opción del tratamiento más beneficioso para el menor –a juicio del médico y de los padres– se podría imponer a su voluntad, con conculcación de su autonomía personal. Creemos no obstante que este supuesto debe ser excepcional y, así es tratado en la norma que comentamos, en relación con el artículo 2, segundo párrafo de la Ley Orgánica 1/1996, que afirma que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

En suma, creemos que cohonstando la capacidad de obrar de los menores en general con la que les reconoce la Ley respecto del consentimiento informado, podemos

⁹ Vid. SANTOS MORON, “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales, Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio”, La Ley, nº 5.675, de 12 de diciembre de 2002, y, DOLZ LAGO, M.-J., Ob. cit. pág. 3.

¹⁰ Ibidem.

mantener que los menores que alcanzan un desarrollo psíquico y emocional, esto es, alcanzan un grado de madurez suficiente (y la Ley presume que se alcanza con aquellas circunstancias: emancipación o 16 años), poseen una autonomía personal exclusiva y excluyente, son competentes para otorgar el consentimiento informado en el ámbito de la salud y, también para ejercitar sus derechos personales. Existe, por tanto, coincidencia entre la capacidad general de los menores, tanto en el ámbito patrimonial como personal y la requerida para el consentimiento informado. Por todo ello, concluimos afirmando que respecto de los menores, no es tanto un problema de edad, sino de madurez la que determina su capacidad de obrar, subrayando además, la existencia de una presunción legal de madurez a partir de los 16 años cumplidos¹¹.

4. La autonomía del menor y su aplicación a las instrucciones previas

Ya vimos más arriba cómo la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente, así como la generalidad de las leyes autonómicas exigen la mayoría de edad para otorgar el documento de instrucciones previas, excepción hecha de las leyes valenciana y navarra. En ambas comunidades autónomas podrán los menores maduros otorgar eficazmente el documento de instrucciones previas. En efecto, la primera de ellas, designa al menor emancipado y, la segunda, alude genéricamente a “un menor al que se le reconoce capacidad conforme a la presente Ley”, refiriéndose a los menores emancipados y a los adolescentes de más de dieciséis años (artículos 17 y 9 de las respectivas leyes). Respetan así la autonomía del paciente menor y el ejercicio de sus bienes de la personalidad que, como vimos, tiene un reconocimiento expreso en la legislación sobre esta materia. Ahora bien, ante la previsión expresa del requisito de la mayoría de edad en el resto del territorio nacional, nos planteamos si ¿Está justificada esta desigualdad de trato de los menores?

¹¹ Un problema distinto es aquél que se plantea cuando el médico duda de la capacidad de hecho del paciente –sea mayor de edad y capaz o menor maduro–, en cuyo caso, señala SÁNCHEZ-CARO que, parece recomendable recabar de los familiares que asuman o no la decisión del paciente y, en caso de discrepancia, recurrir al Juez (“El consentimiento previo a la intervención y la protección de los incapaces en el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina (Convenio de Oviedo), Revista de Administración Sanitaria, pág. (332) 150, número 18, volumen 5, abril/junio, 2001). El supuesto tendría cabida en los casos de consentimiento por representación que prevé la Ley.

Creemos que no es coherente una mayor exigencia de edad para otorgar el documento de instrucciones previas que para prestar el consentimiento informado. Se encuadran ambas instituciones en el ámbito de la autonomía del paciente y, hemos comprobado cómo esa autonomía se reconoce a los menores con suficiente madurez y, en todo caso, a los menores a partir de los 16 años, o emancipados, aunque, como dispone en la legislación civil, no es tanto el dato cronológico de la edad la que determina la facultad de ejercitar los derechos de la personalidad, sino el grado de madurez del menor (por más que esa edad, sea un dato objetivo, a partir del cual, el legislador presume la referida madurez).

Con todo, debemos resaltar que el reconocimiento de ejercicio de los referidos derechos de la personalidad, debe ir acompañado de una efectividad en todos los ámbitos de estos dicho ejercicio sea reconocido, y así ocurre, con el consentimiento y el derecho de información en el ámbito sanitario, por ello, no está justificado que la norma estatal, así como la autonómica –con las excepciones vistas-, exija la mayoría de edad para otorgar este documento. Un documento que supone exclusivamente el ejercicio de un derecho personal. Supone, en definitiva que el legislador ha cercenado a la autonomía del menor, que insistimos, reconoce expresamente, un aspecto de la misma, privándole, así, de la posibilidad de prever para el futuro lo que podría hacer en la actualidad. Es, por tanto, una previsión fuera de toda lógica. El menor maduro, al igual que el mayor, puede negarse al tratamiento con plena efectividad. ¿Cómo, entonces, se le niega que esa posibilidad se adopte para el futuro? En suma, no consideramos justificado esta limitación de derechos personales a esta categoría de menores.

Pero, además, el fundamento del documento de instrucciones previas se encuentra en el principio de autonomía del paciente, como manifestación de la autonomía de la voluntad. Como señala, acertadamente, REGLERO IBÁÑEZ¹², el documento se asienta en los mismos principios que el consentimiento informado. La doctrina se ha ocupado de resaltar que el título legitimador del médico para actuar en el cuerpo del paciente, se encuentra, precisamente, en el consentimiento informado¹³. Constituye, por tanto, el consentimiento, como declaración y manifestación de la voluntad privada del hombre, lo que le permite tener una actuación relevante en el ámbito sanitario, pudiendo elegir el tratamiento e incluso rechazarlo.

¹² REGLERO IBÁÑEZ, J. L., “El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español”, pág. 1901, La Ley, nº 5570, 2002.

¹³ Vid. SÁNCHEZ-CARO, J., Ob. cit. pág. (334) 142.

El Tribunal Constitucional, a través de la STC 120/1990, de 27 de junio, sobre autorización de asistencia médica a reclusos en huelga de hambre, ha sentado que el artículo 15 CE, derecho a la vida e integridad física y moral, protege la inviolabilidad de la persona no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Por ello, declara que este derecho fundamental de la persona resulta afectado cuando se imponga a la misma asistencia médica en contra de su voluntad. Así, por lo tanto, es legítimo para el paciente el rechazar un tratamiento aun cuando le lleve a la muerte. En este sentido, el documento de voluntades anticipadas se configura como una manifestación de estos derechos constitucionales y es expresión de los bienes de su personalidad, lo que justifica no sólo una voluntad actual, sino también futura, para el caso de que paciente no pueda expresarla. Por ello, carece de sentido que el menor maduro no pueda prever el tipo de cuidado médico o tratamiento que desea en aquellas circunstancias, que, en todo caso, estará sometido a la *lex artis ad hoc*, o buena práctica, propia del ámbito sanitario, así como a las normas del ordenamiento jurídico (art. 11.3 Ley estatal).

También la doctrina se ha manifestado, con unanimidad, por la admisión de la legitimación de los menores maduros para otorgar el documento de instrucciones previas. En este sentido, dice LÓPEZ SÁNCHEZ, que el sistema previsto “resulta incongruente con la propia concepción del documento y con la capacidad del menor para otorgar el consentimiento informado”¹⁴, y, PLAZA PENADÉS no se explica el por qué no les ha reconocido este derecho dentro de los parámetros que fija la ley¹⁵. Queda por tanto, cercenada la autonomía de los menores de manera injustifica en gran parte del territorio nacional.

¹⁴ Ob. cit. pág. 107. Quien, además, señala que “Así parece haberlo entendido también el Grupo Parlamentario Socialista al presentar la enmienda nº 46 proponiendo que el documento de voluntades anticipadas pudiera ser redactado por una persona mayor de edad o menor emancipada, con capacidad suficiente y libremente. Entienden que resulta conveniente incorporar expresamente la posibilidad de que un menor emancipado otorgue un documento de instrucciones previas, puesto que, además de lo previsto en el Código civil, la mención específica de los mismos que aparece en el art. 7.2.c) de la Proposición en su redacción originaria hacía que fuera aconsejable incluirlos también en el entonces art. 8, con el fin de evitar interpretaciones que nieguen la capacidad del menor emancipado para otorgar el citado documento”, *ibidem*. pág. 106.

¹⁵ PLAZA PENADÉS, J., “La Ley 41/2002, básica sobre Autonomía del Paciente, Información y Documentación Clínica”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 562, de 23 de enero de 2003, págs. 5 y 6.

IV. CONCLUSIONES

Primera. Los menores tienen reconocido en nuestro ámbito jurídico una amplia autonomía individual tanto en el ámbito patrimonial como personal, autonomía que depende de su grado de madurez.

Segunda. Existe una presunción legal de madurez a partir de la emancipación y, en todo caso, a partir de los 16 años.

Tercera. En el ámbito sanitario, el menor de edad maduro es el titular del consentimiento informado que legitima al médico intervenir en la salud del paciente, sin que sus representantes legales, en su caso, puedan otorgar el consentimiento por sustitución.

Cuarta. La autonomía del menor maduro no se corresponde la exigencia de la mayoría de edad que impone la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente, ni con las leyes autonómicas, con excepción de valencia y navarra, en cuyo ámbito territorial sí que se reconocen plenamente la autonomía de estos menores para otorgar el documento de instrucciones previas.

Quinta. Puede plantearse la cuestión de inconstitucionalidad sobre dicha exigencia, por ir en contra de la posición del alto tribunal sobre autonomía del paciente, si bien, no existe jurisprudencia sentada sobre esta materia, al constituir *obiter dicta* las decisiones que han recaído sobre ella.

Sexta. Merece una opinión desfavorable la exigencia de la mayor edad, por recortar injustificadamente la autonomía del menor que tiene ya reconocida ampliamente en nuestra legislación.